La médiation mode d'emploi

Droit et Société 29-1995
(p. 39–55)

Étienne Le Roy *

Résumé

Le mode d'emploi de la médiation peut se lire de deux façons, par les pratiques (ou les procédures) mises en œuvre et par les fins sociales poursuivies. Forme négociée du règlement d'un problème, la médiation prend un caractère particulier selon que ce problème est un différend, un conflit ou un litige, qu'il s'inscrit dans une idéologie de la pacification ou qu'il devient une marchandise, soumis aux lois de l'échange et de la valeur. Mais, comparativement au droit, la médiation se révèle surtout un mode original de gestion du lien social quand les armistices sociaux que sanctionnait le droit doivent être renégociés. La médiation est donc la procédure de l'âge post-moderne.

Alternatives à la justice – Conflits (résolution des) – Consensus – Négociation du droit.

Summary

Mediation, Directions for Use
The directions for use of mediation can be read in two ways. First, it is a negotiated form of settlement of a problem and varies according to whether the problem is a controversy, a conflict or a dispute. Proceedings also differ depending on whether mediation is used as a pacifying ideology or as a commodity. However, in a second way, mediation is an alternative not only to justice but also to law. When social armistices (and formal law) are outmoded, mediation offers the opportunity to negotiate new goals. It is a typical procedure of the post-modern age.

Alternatives – Conflict resolution – Consensus – Negotiation of law.

L'auteur

Professeur d'anthropologie du droit, directeur du Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris et du DEA (pluridisciplinaire) d'Études africaines, Université de Paris I.
Après ses premiers travaux de terrain au Sénégal à la fin des années soixante, il a expérimenté, en observant les juridictions coutumières congolaises en 1972 et 1973, les conditions de conceptualisation de modèles anthropologiques dans des contextes français. Ses actuelles publications sur la médiation en sont une des applications. Depuis quinze ans, ses recherches ont pour objet principal les politiques juridiques, en Afrique ou en Europe. Il a été, entre autres, co-éditeur de :
— *L'appropriation de la terre en Afrique noire*, Paris, Karthala, 1991 ;
— *La violence et l'État, formes et évolution d'un monopole*, Paris, L'Harmattan, 1993.

* Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris,
Université de Paris I,
14 rue Cujas,
F-75231 Paris cedex 5.

« La vie mode d'emploi » est le titre d'un roman de Georges Perec paru en 1978 aux éditions Hachette. Dans ce beau roman, sorte de tir d'artifice d'un auteur prolixe, la vie avait un mode d'emploi,

lisible à travers l'architecture d'un immeuble de la plaine Monceau et l'usage que faisaient de leurs appartements ses occupants. Peut-on relever le défi lancé par Perec et dresser le mode d'emploi de la médiation ? La médiation est en effet une pratique sociale communément répandue et apparemment familière : comme manière de s'interposer pour résoudre un conflit ou régler un différend, la médiation est constitutive du rapport social, même si, dans la société française, elle a tant de mal à émerger comme autonome ou distincte.

Or, c'est précisément cette difficulté qui est intéressante tant d'un point de vue scientifique que politique. Comme on l'a déjà relevé dans une étude précédente [1], nous succombons en France à un culte du droit qui fait que toute expérience de régulation ne peut être saisie qu'à travers son langage, *ad majorem iuris gloriam*... Ainsi, si la médiation a un mode d'emploi, ce mode paraît-il caricaturé par la présentation qui en est habituellement faite. Elle formalise dans le registre du droit ce qui n'en relève pas. Pour découvrir non seulement les raisons de la caricature mais aussi la logique fondant les pratiques de médiation, il faut pratiquer une « anthropologie du détour » et considérer ces questions d'institutions comme « opaques » ou « mystérieuses », susceptibles d'être élucidées par l'observation des pratiques de nos concitoyens. C'est dans cet esprit que je pousserai l'analogie avec l'œuvre du romancier qui fut un grand perturbateur devant l'éternel des cours de sociologie de Georges Gurvitch en Sorbonne au début des années soixante. Car on pourrait se demander si la théorie des paliers en profondeur du *Traité de sociologie* [2] du maître ne s'est pas retrouvée dans les hauteurs, les étages, les escaliers et les paliers à gravir pour découvrir les multiples emplois de l'immeuble bourgeois que décrit son ancien étudiant. Il y a là un parallèle qui pourra nous intéresser, précisément en tant que parallèle et pour souligner l'impossibilité pour certains points de vue de se rencontrer.

Je souhaite, en effet, illustrer dans ce texte deux observations principales :

— d'une part, la médiation implique, liées les unes aux autres, cinq réalités différentes aux conséquences spécifiques qu'il conviendrait de ne pas confondre ;

— d'autre part, la médiation et le droit sont des approches incomparables des formes de régulation et ne peuvent ainsi être appréhendées que de manière parallèle et non réductive.

I. Les quatre étages de la médiation et son « enfer » marchand

Comme l'immeuble bourgeois de Georges Perec, la médiation n'est fonctionnelle qu'en raison de l'interférence de plusieurs « étages » qui, en se combinant, nous font progressivement saisir l'ensemble des enjeux sociaux qu'une pratique apparemment sim-

1. E. LE ROY, « Les pratiques de la médiation et le droit, spécificité de la problématique française contemporaine », *Annales de Vaucresson*, n° 29, 1988 : La médiation, p. 63-76.

2. Georges GURVITCH, *Traité de sociologie*, 2 vol., Paris, PUF, 1960.

ple et banale peut recouvrir. Mais elle doit aussi suggérer que chaque étage a sa propre fonction, son autonomie.

Dans cette perspective, nous différencierons la médiation comme pratique interactive dans un différend, comme procédé particulier de gestion d'un conflit, comme procédure de règlement d'un litige et enfin comme une idéologie de la pacification sociale sur une base consensuelle et négociée.

Enfin, après avoir gravi ces quatre étages, nous redescendrons à la « chaufferie » (l'enfer) pour considérer aussi la médiation comme une marchandise.

La médiation comme pratique d'intervention dans un différend

Sous cet angle, fondamental au sens que toutes les autres formes de la médiation reposent sur cette expérience primaire, la médiation est sinon le plus vieux métier du monde (car la place est déjà prise) au moins l'un des plus anciennement pratiqués.

La médiation est l'interposition dans un différend entre deux (ou des) acteurs (individus ou représentant des collectifs) partageant un minimum de références communes qui permettront l'élaboration d'un accord.

Dans cette définition, on voit apparaître quatre facteurs principaux.

1) Le médiateur est un tiers, qui n'est pas concerné par le différend mais qui peut communiquer avec les parties. On dira qu'il est « tierce partie ».

2) La médiation interfère dans une communication qui est bloquée par suite d'une opposition que les parties n'ont pas accepté de dépasser ou de négliger. L'opposition est ainsi « ouverte », déclarée et doit logiquement mener à une solution explicite. À la différence de ce que nous pratiquons le plus souvent, les parties ne supportent pas leur opposition. Elles déclarent vouloir le résoudre, mais ne peuvent le faire dans un rapport de « face à face », souvent parce que la communication est compliquée pour des raisons affectives, que l'honneur est invoqué, que des statuts sociaux sont en jeu... La question de l'identité des individus ou de leurs groupes d'appartenance est ainsi fort souvent au cœur de l'intervention du médiateur, comme nous le rappellent des exemples actuels de différends qui ont débouché sur des conflits armés, en Somalie ou en Bosnie entre autres.

3) L'interposition de la tierce partie s'inscrit dans une ou des histoires et ainsi dans la durée. Elle consiste principalement dans l'établissement des conditions et des moyens d'une nouvelle communication entre les protagonistes. Comprendre l'enjeu du différend puis les conditions explicites et implicites au rétablissement de la communication sont les exigences principales du médiateur.

4) L'accord entre les parties n'est pas le fait du médiateur et son intervention n'entraîne aucune obligation pour les parties à exécuter cet accord [3]. L'accord n'est que la partie formelle de la restauration d'un lien social sur la durée. Ainsi n'a-t-il de validité que dans la mesure où le lien social a été restauré et en fonction de la confiance dans l'autre, sous la pression plus ou moins forte d'autres intervenants qui peuvent appartenir à la communauté locale, nationale ou internationale. L'étude de médiations récemment réalisées souligne l'importance d'une acceptation réelle du dépassement du différend, de son « enterrement », ce que les psychologues dénomment « faire son deuil » de la confrontation.

Il semblerait que la médiation ainsi caractérisée soit un comportement « naturel » relevant d'une science des comportements en société, d'une « éthologie ». Pourtant, ces pratiques sont culturellement déterminées et ce qui paraît « aller de soi » dans certaines sociétés n'a pas nécessairement de correspondances dans d'autres. La comparaison entre les représentations de certains mythes fondateurs révèle ainsi que les sociétés africaines associent l'organisation de la vie en société au rôle d'un héros qui est un médiateur-pacificateur. Dans la légende de fondation de l'empire du Dyolof, au Sénégal, daté du XIVe siècle, le futur souverain émerge du fleuve Sénégal pour régler un différend entre pêcheurs et son art impressionne suffisamment ces derniers pour qu'ils s'en emparent en le considérant comme un grand « magicien » capable d'organiser non seulement le règlement de leurs conflits mais aussi de les commander [4]. D'autres traditions, en particulier dans les religions monothéistes, valorisent le rôle d'un ordre imposé d'en haut ou de l'extérieur : « Suis-je donc responsable de mon frère ? », dira Caïn à propos d'Abel.

Le recours à la médiation sous cette forme la plus simple pose donc un redoutable problème, celui de la prévalence, dans certaines cultures marquées par la tradition judéo-chrétienne, d'archétypes (voir *infra*) qui tantôt ne favorisent pas le recours immédiat à la médiation, tantôt s'y opposent. Le dicton « une mauvaise conciliation vaut mieux qu'un bon procès » est en effet largement contredit dans nos sociétés contemporaines. On rencontrera donc des difficultés à généraliser l'enseignement de la médiation dans le domaine de prédilection de cette forme première de la médiation, les milieux scolaires et les différends entre élèves. La médiation scolaire, peu utilisée en France, à la différence des États-Unis, et peu étudiée [5], ne se développera qu'avec le support d'une pédagogie qui retrouverait les exigences de l'ancienne instruction civique pour valoriser les formes de solidarité plutôt que les tendances à l'individualisme et à l'élitisme.

3. C'est ce qui permet, au moins en première approximation, de différencier la médiation de la conciliation et de l'arbitrage. Dans la conciliation, la tierce partie pourra proposer la solution, solution qui sera tenue pour obligatoire dans l'arbitrage en vertu de clauses préalables.

4. E. LE ROY, *Pouvoir et société en Sénégambie, du lamanat Serer au royaume wolof du Cayor (XIVe au XVIIIe siècle)*, Paris, LAJP, 1979.

5. Une exception notable : *Les actes de l'université d'été de Lyon : la médiation à l'école et dans la cité*, Lyon, 30 août-4 septembre 1992, Ministère de l'Intérieur, s.l., s.d., 109 p., annexes.

La médiation comme procédé de gestion d'un conflit

Passant au deuxième étage de notre analyse, nous allons découvrir une démarche qui est centrale dans les expériences actuelles de la médiation, bien que son efficacité soit souvent limitée par l'interprétation qui est donnée à l'intervention du médiateur comme à la solution qui est trouvée au conflit.

Par conflit, nous entendons non seulement une opposition ouverte (différend) mais aussi « publique », connue des voisins, de relations ou médiatisée par les radios locales, les journaux, le qu'en dira-t-on... L'intervention de la tierce partie ne peut donc rester discrète voire secrète. Elle suppose une forme plus reconnaissable par les parties et leur environnement social. Ce procédé s'accompagne donc de techniques (initialement liées par nous à l'oralité juridique [6]) dont l'originalité n'a pas été suffisamment soulignée dans certains travaux.

S'il est évident que ce sont les contraintes de la forme primaire de médiation qui continuent à interférer ici, le médiateur doit prendre en considération d'autres facteurs. Nos travaux sur la conciliation [7] ont montré que la tierce partie doit « structurellement » réunir quatre exigences :

— gérer les relations entre les parties par des attitudes (écoute, regard, parole), l'expression de sentiments (par rapport à un orgueil mal placé, la honte...) et des compétences dans la manière de nouer le dialogue et de faire émerger un consensus. Attitudes, sentiments et compétences divergent selon les acteurs et les situations. Une expérience est donc indispensable et cette expérience s'apprend, parfois à son corps défendant. Cette forme de médiation n'est donc pas une affaire d'amateur, ni peut-être de professionnel, à l'exception de la médiation familiale qu'on retrouvera ultérieurement ;

— apparaître comme une « figure d'autorité » non en vertu de sa place dans une institution ou en vertu d'un mandat (ce qui serait une confusion de rôle, de registre et de statut) mais par l'expression d'une neutralité, d'une objectivité et, finalement, d'un sens de l'équité. Le médiateur n'a pour fonction que de provoquer l'émergence d'un consensus entre les parties ;

— s'inscrire dans le temps en prenant en considération des temporalités souvent négligées dans nos sociétés. Le médiateur doit donc se situer, de manière itérative, dans le temps des origines du conflit, dans le temps actuel de la confrontation entre les parties et dans le long terme du devenir de relations sociales qui devront être restaurées ;

— privilégier les faits plutôt que les normes, l'examen des pratiques des parties plutôt que l'explication qu'elles en donnent, les jugements de réalité plutôt des jugements de causalité. En aucun cas, il ne s'agit, comme un magistrat, de juger mais de produire des

6. E. LE ROY, « Qu'est-ce qu'un champ juridique ? », Communication à la première rencontre franco-allemande des anthropologues du droit, Fribourg en B., 1988 : *Le droit dans une perspective anthropologique, les expériences françaises et allemandes*, doc. ronéo,

7. E. LE ROY (dir.), *La conciliation, instance de règlement des litiges, enjeu professionnel et institutionnel*, Rapport au ministère de la Justice, Paris, LAJP, p. 110-126.

explications des conditions d'apparition du conflit, explications susceptibles d'ouvrir à sa « remise à plat » donc à la découverte par les parties d'un consensus sur une solution partageable par elles.

Outre une formation, ces exigences supposent que quelques moyens matériels puissent être réunis, par exemple pour un déplacement sur les lieux en cas de conflit de voisinage. Mais ces conditions sont réduites comparées à l'application de procédures judiciaires. On remarquera cependant que le facteur « temps » est souvent négligé alors qu'une bonne médiation prend un temps souvent plus considérable que celui qu'un magistrat va accorder au traitement d'un dossier. Dans la mesure où « le temps, c'est de l'argent », l'activité de médiation rencontre une contrainte parfois mal vécue par le médiateur ou par les parties.

Les conflits du quotidien [8] ou de voisinage, les actes d'incivilité des jeunes, les difficultés entre générations, au sein des familles immigrées par exemple, des oppositions professionnelles au sein d'entreprises ou d'administrations peuvent naturellement relever de cette forme de médiation.

La médiation, procédure parajudiciaire de règlement des litiges

Cette troisième forme de médiation pose directement le problème de la relation de la médiation avec les procédures judiciaires de règlement des litiges. Un litige est en effet un conflit pendant devant les tribunaux. Ainsi, le recours à la médiation pour un litige ne peut être réalisé que dans deux conditions. Soit l'organisation judiciaire se prête à un traitement parallèle de certains litiges par des instances judiciaires et non judiciaires selon l'accord des parties et on est alors en face d'une alternative institutionnalisée, comme c'est le cas dans les législations d'États des États-Unis d'Amérique. Soit l'organisation judiciaire, seule détentrice du monopole légitime de la violence, délègue sous l'autorité d'un magistrat le règlement de certains litiges à des instances locales sous réserve d'un contrôle de l'exercice de cette délégation et en gardant la maîtrise de la force exécutoire des mesures proposées par l'instance déléguée. C'est le cas de la médiation à la française sauf pour la médiation dans les conflits de travail [9] qui a longtemps été la principale application de cette procédure dans le cadre de juridictions *ad hoc.*

En effet, la démarche la plus typique a été expérimentée en matière de médiation pénale pour des actes relevant de contraventions ou qui souvent n'auraient pas fait l'objet de mesures pénales. La médiation pose quatre problèmes particuliers :

— la médiation, tout en s'inscrivant dans l'institution judiciaire, échappe tant au droit qu'à l'acte de juger. Si le médiateur ne peut aller contre le droit et dans la mesure où il est sous l'autorité hiérarchique d'un magistrat, il va devoir traduire sa mission en te-

8. J.-P. BONAFÉ-SCHMITT (dir.), *Les conflits du quotidien, les modes formels et informels de règlement des petits litiges,* Rapport C.G.P. et M.E.N., 1986, 295 p.

9. « La médiation dans le domaine du travail », *in* J.-P. BONAFÉ-SCHMITT et E. LE ROY (dir.), *Séminaire Médiation,* Lyon, Glysi et Paris, LAJP, 1991, p. 225-255.

nant compte d'impératifs facilement contradictoires. Il cesse d'être un tiers neutre et objectif pour devenir le bras séculier, plus ou moins armé, du magistrat ;

— les exigences du service public de la justice, l'égalité des citoyens devant la loi, l'obligation du contradictoire, les droits de la défense et le recours à des avocats, la possibilité d'appel de la décision et les applications de la Convention européenne des droits de l'homme en matière de procès équitable sont autant d'arguments qui peuvent être utilisés soit pour récuser la médiation soit pour en limiter l'impact. Le risque d'une sous-justice ou d'une justice au rabais apparaît alors clairement, alors que, précisément, la médiation n'est pas une justice et que le médiateur n'a pas à dire qui est en droit ou en faute ;

— dans cette troisième forme de médiation, les rapports avec la conciliation, voire avec l'arbitrage, deviennent flous et fluides. Le médiateur, aux lieu et place du magistrat, contrôle l'application d'une décision qui, sous la forme de travaux d'intérêt général par exemple, peut apparaître comme moins sévère qu'un emprisonnement ou qu'une amende mais qui n'en reste pas moins une sanction pénale éxecutoire ;

— enfin, la médiation repose sur un processus de négociation entre les parties. Dans les deux premières formes, nous avons deviné que cette négociation porte sur le choix du médiateur comme sur le type de solution acceptable et sur son exécution. Dans le cas présent, le choix du médiateur est imposé par le magistrat. Seul le plaignant a la possibilité de récuser le choix de la formule de médiation. La décision devra être acceptée par les parties mais sera formulée soit par le magistrat, soit, sous certaines conditions, par le médiateur. Quant à l'exécution de la décision, elle reste sous le contrôle du magistrat.

Pour ces raisons, on doit s'interroger sur la possibilité de continuer à utiliser l'étiquette médiation pour caractériser une réalité qui relève non de la médiation mais d'une autre forme de justice. Cette justice était qualifiée par C. Amiel et A. Garapon de « justice négociée » [10]. Actuellement, on semble s'orienter vers la notion de « justice proposée » [11].

Cette question d'étiquetage n'est sans doute pas l'essentiel, tout en posant certains problèmes déontologiques et de politique judiciaire. Si on comprend bien le souci de nombreux magistrats de répondre à la crise de l'institution judiciaire en proposant des réponses innovantes correspondant au souci des citoyens d'une justice plus proche de leurs préoccupations, attentive à se saisir de problèmes qui rendent facilement la vie insupportable (dégradations, atteintes aux biens valorisés comme les automobiles, etc.), une confusion permanente dans l'usage des catégories juridiques n'est pas satisfaisante.

La question devra donc être approfondie dans une perspective de politique judiciaire en tenant compte d'exigences qui sont insuf-

10. C. Amiel et A. Garapon, « Justice imposée et justice négociée dans le droit français de l'enfance », *Actes*, n° 56, 1986, p. 18-27.

11. Projet de colloque de l'École nationale de la magistrature, Paris, juin 1994.

fisamment prises en compte par la justice actuellement : la permanence du lien social et l'individualisation des mesures de justice, la recherche d'un certain accord pour l'exécution de la décision. On y ajoutera le souci d'une certaine responsabilisation dans la mise en œuvre de la machine judiciaire et la nécessité du recours à une figure d'autorité apte à imposer des obligations mais assez proche des usagers pour satisfaire au besoin d'une justice de proximité qu'assurait le fameux juge de paix aboli en 1958. Ce qui, bien sûr, complique la réflexion, c'est que le tout se situe dans un contexte de crise des valeurs morales et sociales et de remise en cause de toutes les institutions, publiques et privées.

La médiation comme idéologie de la pacification sociale, voire comme projet de société

J.-P. Bonafé-Schmitt déclare[12], à propos des expériences des boutiques de droit, qu'« en développant leur projet de médiation sociale (elles) ne visent pas à répondre à des dysfonctionnements du système judiciaire mais à proposer un autre modèle de régulation des litiges basé sur la décentralisation, la déprofessionnalisation, la délégalisation. Cette conception de la médiation repose sur l'hypothèse que la diversité et la complexité de la vie sociale encouragent le développement de modes décentralisés de règlement des litiges permettant ainsi aux citoyens de se réapproprier les modes de gestion des conflits ». Cette conception de la médiation est partagée par certains auteurs français et plus souvent par des chercheurs américains.

Elle implique, de manière complémentaire, trois réalités :

— une idéologie des pratiques professionnelles hors du champ judiciaire. Il s'agit d'un ensemble d'idées et de représentations relatives à l'exercice des compétences ou des responsabilités dans le domaine de la médiation. Elle suppose une éthique professionnelle, une analyse des causes et des conséquences du monopole étatique de la violence légitime et des incidences de nouvelles pratiques que suggère l'entrée en « post-modernité »[13] ;

— une philosophie de l'action sociale et de la vie en société, avec ce que cela peut supposer de valeurs spécifiques hiérarchiquement organisées. Sans doute est-ce ce domaine qui est le moins nettement élucidé parce qu'il suppose une remise en cause de notre « vision occidentale du monde » ;

— un projet politique comme alternative aux modalités actuelles d'organisation de sociétés construites autour du consumérisme, du capitalisme, de l'État et de l'individualisme. Les mouvements de type « verts » ou écologiques semblent incarner plus ou moins clairement ce type de projet.

Dans de tels contextes, la médiation repose, souvent de manière implicite, sur une structure mythologique qui condense des valeurs sociales et morales.

12. J.-P. BONAFÉ-SCHMITT, « La médiation, un nouveau mode de régulation sociale », *Histoires de développement*, n° 20, décembre 1992, p. 35.

13. E. LE ROY, « L'État, le monopole de la violence et les enjeux de la post-modernité », *in* E. LE ROY et T. VON TROTHA (dir.), *La violence et l'État, formes et évolution d'un monopole*, Paris, L'Harmattan, 1993, p. 235-242.

À titre exploratoire, on peut relever l'existence d'un substrat mythologique lié à la non-violence. Née aux États-Unis et en France à la fin des années soixante et influencée par les travaux du philosophe Herbert Marcuse, la non-violence implique l'abolition de rapports de violence caractéristiques des relations entre les sexes, les générations, les communautés ou les catégories socio-professionnelles. Le rôle de l'éducation y est considéré comme principal, ce qui nous ramène à la forme primaire de la médiation. Parfois seulement identifiée dans le mouvement « *Peace and Love* » des campus américains ou par la génération *beatnick*, elle pose le redoutable problème de savoir si la violence peut être abolie ou seulement « domestiquée », l'abolition apparente de la violence n'étant qu'un déplacement d'un domaine dans un autre. Mais son mérite est de mettre en évidence le caractère violent de nos dispositifs institutionnels, non seulement la police, la justice ou l'armée, mais aussi l'école ou l'organisation urbaine [14].

Les valeurs morales (disponibilité, responsabilité, altruisme) et sociales (solidarité, dignité, gratuité) qui y sont associées ne sont cependant pas secondaires, particulièrement en ces temps de crise des références et des régulations.

Nos travaux relatifs à la justice, à la présence des travailleurs immigrés en France ou à la crise des politiques nationales de régulation soulignent toutefois que ces valeurs ne peuvent être effectivement concrétisées que dans un contexte de remise en cause des fondements logiques de nos systèmes de pensée. Ce qui est en question, c'est la vision chrétienne du monde et de l'organisation de la société fondée sur la prévalence de l'institution sur la fonction sociale. De même que le Dieu judéo-chrétien préexiste à sa création, de même l'institution à ses membres et l'organe à la fonction qu'il remplit. Cette représentation fonde notre rapport à l'État et au droit mais n'est plus de mise quand il s'agit de rechercher une solution consensuelle sur la base d'une négociation d'intérêts contradictoires. Nous retrouverons cette difficulté dans la seconde partie de ce texte. Auparavant, il nous faut évoquer un dernier aspect de la médiation, comme marchandise.

La médiation comme marchandise

Pour parler de ce dernier aspect de la médiation, nous avions employé l'image d'une sorte de descente aux enfers de la marchandisation sous l'influence de l'argent roi.

La gratuité de la médiation se heurte en effet à des réalités de deux ordres.

D'une part, la réalisation d'une médiation exige des moyens financiers, même modiques, en termes de locaux, de téléphone, de courrier, de frais de déplacements ou d'indemnités. Modiques mais multipliés par l'accroissement des besoins, ces moyens peuvent peser sur le budget d'associations qui, tout en utilisant des béné-

14. M. ALLIOT, Communication au Séminaire *Violence, Ville, Éducation*, Paris, Sénat, avril 1992, non publié.

voles, doivent équilibrer leurs ressources, donc bénéficier de subventions donc se soumettre aux conditions d'octroi de l'argent public. Un contrôle peut ainsi s'établir de la part d'administrations ou de collectivités et l'intervention des autorités publiques peut influencer l'orientation donnée à la médiation par les organismes qui la prennent en charge. Ainsi, l'intérêt nouveau accordé à la médiation pénale par la Chancellerie peut aussi se réaliser au détriment d'autres formes de médiation ou de conciliation.

D'autre part, la généralisation des rapports marchands dans une société capitaliste devient réelle dans le domaine de la médiation. Avec la possibilité d'indemnisation puis de rémunération des activités de médiation s'ouvre un nouveau marché, celui des modes non judiciaires de règlement des conflits, voire des litiges. Cette évolution est favorisée par la disparition de médiateurs traditionnels, intervenant au titre de leur notabilité, et par la technicité d'une intervention qui suppose un apprentissage. La récompense d'un apprentissage étant la possibilité d'en tirer des revenus à titre professionnel, une offre marchande de médiation est en train d'apparaître.

Parallèlement, une demande nouvelle émerge soit de la part de ceux qui ont été déçus de leur rapport à la justice (trop lente, trop lointaine, trop « inhumaine ») soit de ceux qui ne pensent pas pouvoir y trouver satisfaction (les faits incriminés étant, par exemple, classés « sans suite » sur les mains courantes des commissariats ou dans les dossiers ouverts par le Procureur de la République). On trouve également des citoyens marginalisés par un chômage, des problèmes familiaux ou de santé et qui ne peuvent retrouver leur place dans la société que par cette forme de « justice douce » [15]. Souvent, des demandeurs sont prêts à participer financièrement aux coûts de la médiation. Dans le cas de la médiation familiale, les avantages tirés d'un divorce par consentement mutuel non traumatisant et rapidement négocié sont tels que des financements importants peuvent être mobilisés permettant une professionnalisation réelle de ces médiateurs à titre libéral.

Les conditions d'apparition d'un marché sont ainsi réunies puisqu'il y a offre d'une part, demande de l'autre, et un équilibre entre les deux par le jeu de l'échange monétaire et marchand.

Si, actuellement, un tel marché est encore embryonnaire, limité à une partie de la médiation familiale et impliquant des moyens financiers encore modiques, il suffirait qu'une demande de médiation dépasse largement l'offre pour que la marchandisation de la médiation puisse concerner d'autres domaines.

L'avantage de cette marchandisation est lié à celui du marché et autorise la mise en concurrence de diverses formes de médiation, voire de différents médiateurs et ainsi la possibilité de faire privilégier les modes de médiation les plus efficaces.

15. J.-P. BONAFÉ-SCHMITT, *La médiation, une justice douce*, Paris, Syros, 1992. L'expression « justice douce » ayant été imposée par l'éditeur, on ne fera pas grief à l'auteur d'une formule inadaptée.

Mais cette efficacité peut être superficielle, les médiateurs n'être que des marchands d'illusion et les parties ainsi bernées par des attrape-nigauds.

Tout en considérant cette évolution comme structurellement liée au capitalisme libéral au fondement de la société française, au moins doit-on en contrôler les conséquences.

Lors d'un séminaire international tenu à Oñati en septembre 1990 [16], on a examiné un certain nombre de solutions : création d'un service public de la médiation, mise en place d'une autorité administrative indépendante (ou en liaison avec les services du Médiateur de la République), constitution d'un ordre professionnel, création d'une association nationale dotée d'une mission de service public, concurrence ouverte non régulée.

Ces formules présentent chacune des inconvénients mais il apparaît que la deuxième formule, en association avec le Médiateur de la République, pourrait apporter le maximum d'avantages pour garder à la médiation ses capacités et ses potentialités.

Le champ d'intervention de la médiation pourrait en effet se développer. Lors de travaux du séminaire Médiation (précité), Jacques Salzer remarquait qu'on demande maintenant aux médiateurs de mettre en relation des parties, d'organiser la communication entre elles, de résoudre des problèmes d'organisation ou de gestion des structures auxquelles les parties appartiennent, voire de penser la gestion managériale d'une entreprise ou d'une administration. Enfin, on peut demander au médiateur qu'il forme à la prévention des conflits. On attend donc qu'il élargisse sa fonction tant en amont qu'en aval des pratiques actuelles.

Est-ce possible ou souhaitable face à un autre type de concurrence, celle des juristes et du droit ?

II. Un bref parallèle entre la médiation et le droit

Le droit apparaît à l'anthropo-juriste infiniment plus complexe que ce qu'en disent les définitions des manuels utilisés dans les facultés pour introduire à l'*ars iuris*. Selon une judicieuse remarque de N. Rouland [17], « on ne peut définir le droit, mais seulement le penser » car il est précisément l'expression d'une pensée qui va bien au-delà de la technique juridique pour encadrer la reproduction sociale. Selon une expression de Pierre Legendre, « le droit est l'art dogmatique de nouer le social, le biologique et l'inconscient pour assurer la reproduction de l'humanité ».

Le droit met ainsi en œuvre plusieurs réalités, comme dans la médiation, mais de manière inverse. Si, dans la médiation, il faut partir inductivement de la pratique interactive pour découvrir le sens des interventions plus complexes, dans le droit, c'est une démarche inverse qu'il faut adopter. Le droit, particulièrement dans une perspective interculturelle, doit être abordé de manière déduc-

16. In *Séminaire Médiation, op. cit.*, p. 257 et s.

17. N. ROULAND, « Penser le droit », *Droits*, n° 10, 1989 p. 77.

tive car il est, fondamentalement, l'expression d'une vision du monde. En deuxième lieu, le droit qui, selon la formule d'Hauriou, constate des armistices sociaux, encadre, selon une autre formule de Michel Alliot, les luttes et organise les consensus sur le résultat de ces luttes, sur la base de ce que le projet de société autorise. La place et le rôle du droit sont ainsi à la mesure de la manière selon laquelle une société pense ses ordonnancements sociaux. Dans le contexte de crise contemporaine, le rôle du droit est plus problématique qu'il n'y paraît.

Enfin, le droit utilise des procédures, des procédés et des techniques que notre expérience française récente associe à la norme mais qui sont beaucoup plus diversifiés, comme nous le montrerons brièvement.

Le droit exprime une vision du monde, caractéristique d'une tradition

Le rationalisme au fondement de la pensée scientifique comme l'idéalisme à la base de la philosophie spontanée des juristes ont fait oublier que l'organisation de toute société est conçue à partir d'une cosmogonie (récit de la fondation du monde), de mythes puis d'archétypes qui condensent les choix d'organisation sur un mode « matriciel », reproduisant l'empreinte de la manière selon laquelle en pensant Dieu on a également construit une représentation du monde et de la société. À ce propos, Michel Alliot déclare également de manière lapidaire que « penser Dieu, c'est penser le droit » [18].

Notre société française est restée, sous l'apparence de la laïcisation, déterminée par sa cosmogonie biblique, présentée dans le livre de la Genèse. La création y est présentée comme un acte volontaire et discrétionnaire de « Dieu » qui, omnipotent et omniscient, créa l'homme à son image puis accepta, pour racheter l'homme déchu, de lui envoyer son fils. Si l'essentiel de la pensée médiévale resta enfermée entre ces deux dimensions, l'acte initial de création parfaite, expression de l'amour divin, et la culpabilité de la faute dont l'humanité ne pourra être délivrée qu'au dernier jour, la pensée moderne y a adjoint d'autres mythes, tels celui du progrès matériel (synonyme de progression sociale) ou celui du contrat social (dans lequel l'égalité entre citoyens est assurée sur la base de l'uniformité des conditions).

Avec le concile de Trente et la Contre-Réforme, la tradition romaine transforme son archétype initial contenu dans le dogme trinitaire (où Dieu est père, fils et esprit, soit le « un » en « trois ») par une affirmation nouvelle du rôle du UN sur le multiple : une Église, un Pape, un Dieu.

Sur ce modèle, les deux siècles suivants vont transcrire dans le domaine profane ce principe d'organisation à la fois réducteur des

18. Cité par N. ROULAND, *Anthropologie juridique*, Paris, PUF, 1988, p. 401.

différences et centralisateur : un État, un Roi, un Territoire, puis un Droit pour une Nation, avec la Révolution française.

Avec cet archétype « unitariste », est posé un principe unificateur et uniformisant qui détermine nos conceptions de la vie en société et qui régule les différentes dimensions de nos institutions économiques, juridiques et politiques. Il justifie également qu'on fasse appel à l'instance extérieure et supérieure qui donne sens et cohérence à l'organisation du monde (Dieu), de la société (l'État) ou de la justice (le magistrat), car on attend de chaque autorité qu'elle puisse résoudre les problèmes que nous ne savons pas aborder ou régler.

Mais ce qui est valable dans une tradition n'apparaît pas légitime dans d'autres, comme le démontre la confrontation avec d'autres pensées qui se construisent à partir d'autres archétypes. La philosophie chinoise, conçue sur la base d'un modèle « binaire » (du ying et du yang), préfère les rites au droit. Quant aux pensées animistes africaines, elles conçoivent le monde comme devant être organisé sur un fondement au moins ternaire, sur le modèle des « trois pierres du foyer » (l'homme, la femme, l'enfant) qui sont la référence minimale d'une organisation familiale, donc sociale. Dans ce registre, un véritable pluralisme juridique peut émerger car le monde y est construit sur la base d'instances multiples, spécialisées et interdépendantes.

Loin d'être une simple hypothèse d'école, la comparaison entre archétypes et manières de penser le droit devient maintenant une question essentielle pour l'avenir de nos sociétés, non seulement parce que nous recherchons dans quelles conditions promouvoir un véritable pluralisme mais aussi parce que nous vivons la fin de la conception « moderne » du droit dans un contexte de mondialisation des échanges économiques et culturels, donc juridiques.

La contribution du droit à la négociation de nouveaux armistices sociaux

Rémi Lenoir exprimait récemment ce rapport du droit au changement social en écrivant : « Le droit est ce par quoi un état de fait se stabilise, un rapport de force se fixe, et si le droit est essentiellement "conservateur", il n'en est pas moins un des moyens par lesquels des changements sociaux — c'est-à-dire les changements de rapports sociaux et des situations sociales — adviennent » [19]. Cette capacité du droit à répondre au changement devient incontournable dans un contexte de « crise de la modernité » [20], voire de post-modernité. Les scénarios de sortie de la modernité commencent à être analysés par l'anthropologie [21] et la sociologie du droit [22] dans une perspective qui n'est pas seulement européenne. Nous supposons en effet que l'idéal de la codification qui présidait à la vie juridique et que Napoléon Bonaparte exprimait lorsqu'il présentait le code civil aux Français en 1804 comme moyen de sor-

19. Rémi LENOIR, « Sociologie et politique chez Durkheim », *Le bulletin du CREDHESS*, n° 3, janvier 1994, p. 4-5.

20. A. TOURAINE, *Critique de la modernité*, Paris, Fayard, 1992, 462 p.

21. LABORATOIRE D'ANTHROPOLOGIE JURIDIQUE DE PARIS, « Stratégies de sortie de crise », *Bulletin de liaison*, n° 18, juin 1993.

22. A.-J. ARNAUD, « Repenser un droit pour l'époque post-moderne », *Le courrier du CNRS*, n° 75, avril 1990 : Les sciences du droit, p. 81.

tir de la Révolution et de stabiliser un « armistice bourgeois » subit deux remises en cause. Il est contredit par la multiplication des normes supra et infra-étatiques et se trouve dépassé par la modification des représentations qu'ont les citoyens des modes de régulation, ce qu'exprimait ci-dessus J.-P. Bonafé-Schmitt à propos de la médiation comme projet de société.

Ainsi entend-on de plus en plus s'exprimer le besoin d'un autre droit [23] qui prenne en considération non seulement les besoins nouveaux qui émergent dans la société du très prochain XXIe siècle mais qui, surtout, les aborde autrement.

Cette exigence suppose un approfondissement des analyses relatives à l'archétype unitariste qui paraît être un obstacle épistémologique majeur à la compréhension de la véritable capacité du droit à répondre aux attentes de la société. Cela suppose également d'évaluer autrement les rapports ambigus entre la loi, la coutume et les usages comme sources substantielles du droit, donc de questionner ce culte de la loi qui caractérise notre société depuis le siècle des lumières.

Les procédures, procédés et rituels juridiques dans leur complexité

L'anthropologie juridique élabore actuellement une théorie des sources substantielles du droit sous le terme du « tripode juridique ». Comme les trois pierres du foyer des pensées animistes, le droit paraît reposer sur trois fondements, seul l'un d'entre eux étant valorisé dans nos sociétés : la loi. Or, la coutume (oubliée et caricaturée depuis le code civil) et les usages (qu'à la suite des travaux de P. Bourdieu [24] nous dénommons « habitus ») sont aussi des sources non des textes mais au moins de nos pratiques juridiques. Les travaux récents relatifs à la socialisation juridique de jeunes majeurs appartenant à des cultures d'immigration en région parisienne permettent de mettre en évidence une réalité d'ordinaire cachée en raison de l'incidence de ce culte de l'État et du droit qui caractérise l'endoculturation du jeune Français. Dans des situations où la transmission de ces représentations n'a pas été initialement assurée, c'est par l'apprentissage de systèmes de dispositions durables (ou habitus) qu'il faut commencer le travail de socialisation juridique sanctionné par la pression sociale. Puis, à travers la confrontation des expériences, l'individu découvre le rôle de « modèles de conduites et de comportements » caractéristiques de la coutume et susceptibles d'être sanctionnés par le recours à l'interdit et à l'exclusion. Si ces références ne suffisent pas ou si l'action du jeune doit s'inscrire dans le droit positif (contrat de travail, permis de séjour, etc.) alors seulement sa socialisation sera saisie et traitée par la loi et sa réglementation dérivée. Car cette réglementation, loin d'exprimer la totalité de la vie juridique et du rapport au droit, n'en est que la part émergée, la partie visible d'un

23. E. LE ROY, « Un droit peut en cacher un autre », *Informations sociales*, n° 22, 1992.

24. P. BOURDIEU, « Habitus, codes et codification », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 64, 1986, p. 40.

ensemble infiniment plus complexe où se décident non seulement la conformité individuelle aux attentes de la société mais surtout la capacité à maîtriser les enjeux à venir de la socialisation. La coutume et les habitus constituent ainsi le « négatif » de notre droit positif et la base incontournable de la juridicisation. Comme, en outre, ces enjeux de société sont aussi liés à la reproduction individuelle et collective dans le champ des institutions, ne nous étonnons pas que les procédures soient ritualisées, ou sacralisées, que ce soit dans l'espace judiciaire ou dans celui de la bande, du parti, du club...

Cette brève restitution des travaux en cours permet de suggérer l'incidence d'une redécouverte du rôle complémentaire des trois sources du droit substantiel non seulement dans certaines situations « d'anomie » individuelle mais aussi face aux nouveaux enjeux de la société du XXI[e] siècle. Sans prétendre en approfondir l'incidence, on en retiendra seulement les différences avec la médiation.

La médiation et le droit comme processus de régulation spécifiques

Dans les recherches récentes sur les pratiques plus ou moins innovantes, originales et métisses des régulations dans le champ du droit, on a eu souvent l'impression, voire la conviction, que certains acteurs se trompaient de registre, faute de références satisfaisantes. Ainsi avons-nous vu des magistrats prôner la médiation pénale, laquelle n'est pas *stricto sensu* une médiation. De même parle-t-on de négociation dans le droit tout en sachant que tout n'est pas négociable, voire que la négociation fait sortir du droit au sens restreint.

Sur la base des résultats encore limités et imparfaits dont nous disposons, et sous réserve de développements nouveaux que ces analyses vont suggérer, il nous apparaît intéressant d'approfondir l'idée que la médiation et le droit proposent deux modes de régulation, chacun fondé sur la prévalence de certaines fins, donc autonomes tout en pouvant être combinés quand l'action sociale suppose des fins multiples, donc une combinaison de formes d'intervention.

La médiation valorise, avons-nous vu, la recherche de l'adhésion de l'acteur à une solution la plus consensuelle possible, limitant en cela considérablement l'intervention de la tierce partie. Au moins dans sa forme de base, tout paraît négociable dès lors que les choix des parties sont déterminés par le maintien ou l'approfondissement de leurs relations dans le futur. Négociation, consensus et futur paraissent les mots-clés de cette médiation.

Quant au droit, et en évitant de penser l'un comme le contraire de l'autre, il énonce de façon plus ou moins générale et impersonnelle (respectivement à travers la loi, la coutume ou les habitus) la

manière de penser la reproduction collective puis les conduites à suivre par le sujet de droits (le pluriel comme la minuscule étant de rigueur [25]) et dont le non-respect ouvre à la sanction. Plus prosaïquement, le droit évalue l'écart déjà observé entre des normes et les pratiques et détermine qui est en droit ou en faute par rapport à des règles du jeu déjà posées et susceptibles d'être invoquées dans une société régulée par l'État de droit. L'invocation de normes pour régler un conflit passé devant une instance jugée neutre parce qu'étrangère au conflit (le forum judiciaire) en vue d'obtenir une décision sanctionnant les conduites marginales ou déviantes sont caractéristiques de la manière dont le droit est généralement interprété par nos concitoyens.

Ce parallèle que nous traçons ici, et qui n'épuise pas la richesse tant de la médiation que du droit, mériterait sans doute d'être approfondi. Mais c'est un véritable programme de recherche interdisciplinaire qu'il conviendrait alors de mettre en œuvre.

En conclusion

Que retenir de cette présentation du mode d'emploi de la médiation ?

La première idée que nous devrions retenir est l'influence tant du juridisme que de la marchandisation sur la médiation, ce qui est finalement « normal » dans une société capitaliste marquée par le développement d'un État centralisateur et d'un droit unificateur, au moins dans l'expérience française. Cette double influence pèse sur la possibilité de donner à la médiation un statut à part entière dans le règlement des conflits de la vie quotidienne, soit en confondant les registres de la médiation et du droit, soit en soumettant à une logique marchande et professionnelle des pratiques qui paraissent relever idéalement, au dire du plus grand nombre, de la gratuité.

Mais la seconde idée que nous devons garder à l'esprit est que la médiation, comme cadre spécifique, repose sur des manières de faire, des procédés et des procédures qui sont encore mal élucidés tant du point de vue théorique que pratique. Approfondir de telles connaissances en partant d'observations de terrains, construire de nouveaux modèles (comme représentations à la fois simplifiées et globales) des phénomènes considérés et comparer ces différentes interprétations sont les tâches que nous devons assigner à la recherche interdisciplinaire en sciences sociales.

C'est en effet dans ces conditions que nous pourrons relever les différents défis que nous avons identifiés dans cette présentation en vue de combler notre méconnaissance et de restituer l'authentique mode d'emploi de la médiation.

25. E. Le Roy, « Du pluralisme au multijuridisme » in *État des savoirs sur le développement : trois décennies de sciences sociales en langue française*, Paris, Karthala, 1993, p. 78-79.